OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-302665/6/Py/PP

Datum:
Linz, 16. Februar 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des M.E. jun., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C.F., X, P., Deutschland, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 11. Februar 2020, GZ: BHFR/919060012157/19, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (in der Folge: belangte Behörde) vom 11. Februar 2020, GZ: BHFR/919060012157/19, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 26 Abs. 1 Z 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2006 gemäß § 26 Abs. 1 Z 3 iVm § 21 Abs. 1 Z 1 (Spruchpunkt 1.), gemäß § 28 Z 1 iVm § 22 Abs. 1 und 1a LSD-BG (Spruchpunkt 2.) und gemäß § 26 Abs. 1 Z 1 iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 7 LSD-BG (Spruchpunkt 3.) iVm § 9 Abs. 1 VStG eine Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von je 33 Stunden verhängt. Weiters wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 300 Euro vorgeschrieben.

Begründend wird unter Wiedergabe der Rechtsgrundlagen und des Verfahrensganges zusammengefasst ausgeführt, dass bei lebensnaher Betrachtung und unter Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes von einer Arbeitnehmereigenschaft des bei der Kontrolle von der Finanzpolizei betretenen M.E. sen. mit der E. GmbH & Co KG auszugehen ist und daher die angezeigten Übertretungen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz als erwiesen anzusehen sind.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig vom Bf im Wege seiner rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde in der auf die Ausführungen im Rahmen der schriftlichen Stellungnahme vom 16. Dezember 2019 verwiesen wird und ergänzend vorgebracht wird, dass Herr E. sen. in seiner Eigenschaft als Seniorchef und Mitgesellschafter der E. aus eigenem Antrieb ohne jegliche finanzielle Gegenleistung als Busfahrer tätig geworden ist. Es lag weder eine dauerhafte arbeitsrechtlich oder sozialrechtlich relevante Beziehung zwischen den Beteiligten und insbesondere keine Eingliederung in den Betrieb der E. GmbH & Co KG vor. So waren die beschuldigten Geschäftsführer ihrem Vater gegenüber in keiner Weise weisungsbefugt, sondern verrichtete dieser die Tätigkeit aus Gefälligkeit bzw. Verbundenheit zum Familienbetrieb. Ein Unterordnungsverhältnis lag nicht vor, sondern bestimmte Herr E. sen. ausschließlich allein und alleinverantwortlich, ob bzw. wann er Fahrten durchführt. Zudem liegt aufgrund der vorgelegten Auskunft des GKV Spitzenverband, Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung – Ausland vom 2. Oktober 2017 keinesfalls fahrlässiges Verhalten von Seiten der beschuldigten Geschäftsführer der Firma E. GmbH & Co KG vor.

3. Mit Schreiben vom 16. März 2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Zudem wurde der Finanzpolizei Team 43 für das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr als am Verfahren beteiligte Organpartei Gelegenheit gegeben eine Stellungnahme zum Beschwerdeverfahren abzugeben. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG entfallen, zumal der entscheidungswesentliche Sachverhalt unbestritten ist, keine der Verfahrensparteien die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat und sich die Beschwerde gegen die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde wendet.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 3. Oktober 2019 um 13:55 Uhr wurde durch Organe der Finanzpolizei Team 43 am Kontrollplatz der B3 in 4331 Naarn im Machland, Str.km 213,5, eine Kontrolle nach den Bestimmungen des LSD-BG durchgeführt. Dabei wurde ein Reisebus des Unternehmens „E. GmbH & Co KG“ mit Sitz an der Adresse X in T., Deutschland, einer Kontrolle unterzogen. Der Reisebus wurde durch Herrn M.E. sen., geb. x, gelenkt.

Laut Auszug aus dem Handelsregister A des Amtsgerichts Passau zu Firmennummer x ist persönlich haftender Gesellschafter der „E. GmbH & Co KG“ (Amtsgericht Passau x) die „E. GmbH“, T., Ortsteil K. (Amtsgericht Passau x). Als Kommanditisten der E. GmbH & Co KG sind der Bf sowie sein Bruder Herr H.E. mit je 135.000 Euro Einlage sowie deren Vater, Herr M.E. sen. mit einer Einlage von 30.000 Euro eingetragen.

Der bei der Kontrolle angetroffene Lenker, Herr M.E. sen. ist der inzwischen im Ruhestand befindliche Seniorchef des Familienunternehmens und Vater des Beschuldigten. Er führte die gegenständliche Ausflugsfahrt als Buslenker freiwillig und unentgeltlich durch. Dass Herr M.E. sen. regelmäßig in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit für das Unternehmen tätig wurde konnte nicht festgestellt werden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie den Stellungnahmen der am Verfahren beteiligten Parteien.

Es ist unbestritten, dass es sich beim Lenker des Reisebusses um den bald 80-jährigen Vater des Beschuldigten und ehemaligen Geschäftsinhaber handelt. Die Angaben des Bf, dass sein Vater freiwillig und unentgeltlich tätig wurde, blieben im Verfahren unbestritten. Es entspricht auch durchaus der Lebenserfahrung, dass ein so naher Angehöriger, ehemaliger Betriebsinhaber und nach wie vor am Betrieb beteiligter Seniorchef sich fallweise freiwillig und unentgeltlich in den Dienst „seines“ ehemaligen Unternehmens, gerade in der gegenständlichen Branche, stellt. So gab er auch bei der Kontrolle in dem mit ihm aufgenommenen Personenblatt an, „seit 1964 selbstständig tätig“ zu sein.

Demgegenüber liegen keinerlei Beweisergebnisse dafür vor, dass Herr M.E. sen. regelmäßig für das Unternehmen tätig wurde, dem Weisungsrecht des Bf unterlag und in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit zur Firma „E. GmbH & Co KG“ tätig wurde.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl. I Nr. 44/2016 idgF gilt dieses Bundesgesetz für

1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen,
2. die Beschäftigung von Arbeitskräften im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988,
3. Beschäftigungsverhältnisse, auf die das Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr. 105/1961, anzuwenden ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 LSD-BG ist für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

5.2. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des LSD-BG auf den vorliegenden Sachverhalt ist daher, dass es sich bei dem bei der Kontrolle angetroffenen Vater des Bf um einen Arbeitnehmer des vom Bf vertretenen Unternehmens handelte.

Die Richtlinie 96/71 EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen ist dafür maßgebend, nach welchen Rechtsvorschriften die Frage zu beurteilen ist, wer als Arbeitnehmer anzusehen ist und damit in den Schutzbereich dieser Richtlinie fällt. Diese Frage wird in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie ausdrücklich dahin beantwortet, dass *„der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinn verwendet (wird) indem er im Recht des Mitgliedsstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird“*. Die Frage der Arbeitnehmereigenschaft der nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandten Arbeitskraft ist daher nach den Bestimmungen des LSD-BG nach dem wahren

wirtschaftlichen Gehalt zu bestimmen (vgl. VwGH 15.01.2018, Ra 2017/11/0304). Dies erfordert eine Prüfung des Gesamtbildes der den jeweiligen Einzelfall prägenden Umstände (VwGH 18.10.2017, Ra 2016/11/0177).

Wie bereits dargestellt handelt es sich bei dem bei der Kontrolle angetroffenen Buslenker Herrn M.E. sen. um den inzwischen in Ruhestand befindlichen Vater des Bf. Dieser ist nicht nur ehemaliger Geschäftsinhaber sondern nach wie vor am Unternehmen beteiligt. Nach den Sachverhaltsfeststellungen kann nicht von einem regelmäßigen Einsatz des Herrn M.E. im Rahmen des Betriebes ausgegangen werden und lagen auch keine organisatorischen Vorgaben oder Kontrollen hinsichtlich der Ausführung seiner Tätigkeit durch den Bf vor. Weder kann das Vorliegen persönlicher oder sachlicher Weisungen noch eine persönliche Arbeitspflicht festgestellt werden, vielmehr fand seine Tätigkeit offensichtlich nur sporadisch und in Ausnahmefällen und alleine aufgrund seines Naheverhältnisses zu seiner Familie und zum Betrieb statt. Diese Umstände bilden ebenso wie die Unentgeltlichkeit die prägenden Elemente seines Handelns. Dem steht im Übrigen auch die vom Bf vorgelegte Stellungnahme des GKV Spitzenverband, Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung – Ausland vom 2. Oktober 2017 nicht entgegen, da gerade aufgrund der von Herrn M.E. gegenüber dem GKV geschilderten Begleitumstände seines allfälligen Einsatzes im Unternehmen das Vorliegen einer regelmäßigen Arbeitstätigkeit in einem Abhängigkeitsverhältnis und somit die Voraussetzung für die Ausstellung einer A1-Bescheinigung vom zuständigen Sozialversicherungsträger ausdrücklich verneint wurde.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Tätigkeit des Herrn M.E. sen. als Lenker des kontrollierten Reisebusses nicht als Arbeitstätigkeit für die „E. GmbH & Co KG“ im Sinn der Bestimmungen des LSD-BG zu werten ist, weshalb die Voraussetzungen für die Anwendung des LSD-BG auf diesen Sachverhalt nicht vorlagen.

5.3. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny